



Función Pública

Sentencia 00159 de 2018 Consejo de Estado

CONSEJERA PONENTE: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

Bogotá D.C., 19 de febrero de 2018.

Expediente N°: 05001-23-33-000-2016-00159-01

N° Interno: 0791-2017

Demandante: Juan Carlos Lambraño Guardo

Demandado: Nación, Ministerio de Defensa Nacional, Armada Nacional y Caja de Retiro de las Fuerzas Militares¹.

Asunto: Reconocimiento de asignación de retiro en aplicación del

Decreto 1211 de 1990

FALLO DE SEGUNDA INSTANCIA – LEY 1437 DE 2011

I. ANTECEDENTES

Ha venido el proceso de la referencia con el informe de la Secretaría de la Sección de 4 de agosto de 2017², después de surtidas a cabalidad las demás etapas procesales y de establecer que no obran en el proceso irregularidades o nulidades procesales que deban ser saneadas, para decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el fallo del 3 de noviembre de 2016, dictado por el Tribunal Administrativo de Antioquia, que negó las pretensiones de la demanda formulada por el señor Juan Carlos Lambraño Guardo contra de la Nación, Ministerio de Defensa Nacional, Armada Nacional y la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares tendiente a obtener el reconocimiento y pago de una asignación de retiro en su favor.

1. LA DEMANDA

1.1. Pretensiones.-

Juan Carlos Lambraño Guardo, actuando a través de apoderado, presentó demanda en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, contra la Nación, Ministerio de Defensa Nacional, Armada Nacional y la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares³, en la que solicitó declarar la nulidad de la Resolución 914 del 19 de febrero de 2014, suscrita por el Director General de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, Cremil, a través de la cual, le fue negado el reconocimiento y pago de una asignación de retiro, por no reunir los requisitos previstos en el Decreto 089 de 1984⁴; y de la Resolución 5067 del 9 de junio de 2014, que confirmó el acto principal al desatar el recurso de

reposición interpuesto.

A título de restablecimiento del derecho, solicitó condenar a CREMIL a reconocer y pagar a su favor la asignación de retiro a partir de enero de 2001, junto con la indexación de las sumas adeudadas, al pago de los intereses moratorios desde la ejecutoria de la sentencia, y a dar cumplimiento a lo ordenado en el fallo respectivo en aplicación de los artículos 192 y siguientes de la Ley 1437 de 2011.

1.2. Fundamentos fácticos.-

La Sala resumirá los hechos de la demanda de la siguiente manera:

Informó, que el demandante se vinculó a la Armada Nacional el 30 de septiembre de 1983, acumulando servicios por 17 años y 8 meses, desempeñándose inicialmente como marinero y luego como suboficial, culminando su carrera como Suboficial Jefe en la Escuela Naval de Suboficiales ARC Barranquilla.

Refirió, que el retiro del servicio del actor se produjo por solicitud propia el 2 de enero de 2001, formalizado a través de la Resolución 610 del 15 de diciembre de 2000, suscrita por el Comandante de la Armada Nacional, que según su dicho, fue producto de la presión psicológica que ejercieron sus superiores para ese momento y de la mala asesoría que recibió, ante lo cual presentó otra petición con el fin de obtener su reintegro, la cual fue negada por el Jefe de Desarrollo Humano de la misma entidad castrense mediante comunicación del 10 de abril de 2011.

Señaló, que a través de petición radicada ante la Armada Nacional el 12 de noviembre de 2013, el accionante solicitó el reconocimiento y pago de una asignación de retiro en su favor, la cual fue negada por parte del Director General de CREMIL con la Resolución 914 del 19 de febrero de 2014, argumentando que no cumplía con 20 años de servicio considerando el motivo de su retiro al tenor del artículo 163 del Decreto 1211 de 1990, pues solo acreditó 17 años y 9 meses.

Contra la anterior decisión interpuso recurso de reposición, lo cual originó la expedición de la Resolución 5067 del 9 de junio de 2014, en la que fue ratificado el contenido del acto inicial.

1.3. Normas violadas y concepto de violación.-

Cita como normas violadas por los actos administrativos acusados, las siguientes:

Artículos 13, 29, 55 y, 83 de la Constitución Política; 137, 138 y 269 a 271 de la Ley 1437 de 2011; la Ley 923 de 2004, y los Decretos 1211 de 1990 y 4433 de 2004.

Señaló que los actos enjuiciados fueron falsamente motivados, por cuanto al momento de su expedición, no fue tenida en cuenta la solicitud hecha por el actor a efectos de que se reconsiderara su intención de retirarse del servicio, tal como quedó plasmado en la respuesta que se le dio de parte del Jefe de Desarrollo Humano de la Armada Nacional a través del oficio 291131 JEDHU-EMNM1-109 del 29 de noviembre de 2000.

Sostuvo que conforme lo anterior, la entidad demandada debió atender la solicitud de reconocimiento de asignación de retiro hecha por el actor, en tanto la manera en que fue desvinculado del servicio corresponde a la prevista por el Decreto 1211 de 1990⁵, que en su artículo 132 establece el retiro por llamamiento a calificar servicios o por voluntad del gobierno, haciendo procedente lo pedido.

Adujo que el proceder de CREMIL vulneró el derecho a la igualdad del demandante, como quiera que a otros suboficiales retirados de la Armada Nacional que han acreditado menor tiempo de servicios, les fue reconocida asignación de retiro en cumplimiento de lo establecido en la norma

referida.

2. Contestación de la demanda.

Dentro de la oportunidad legal, únicamente el Ministerio de Defensa Nacional contestó la demanda⁶, oponiéndose a las pretensiones señalando que, la normatividad que gobierna la situación del actor, dada su condición de Suboficial retirado de la Armada Nacional, es la que contiene el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública; que en nada atañe a la entidad, como quiera que la encargada del reconocimiento de la asignación pretendida es la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, cuya naturaleza jurídica corresponde a la de un establecimiento público del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, que se rige por las normas orgánicas de los Decretos 2342 de 1971, 2002 de 1984; de la Ley 489 de 1998 y de las disposiciones de su estatuto interno contenido en el Acuerdo 008 del 31 de octubre de 2002.

3. La sentencia de primera instancia.

El Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Tercera de Oralidad, mediante sentencia del 3 de noviembre de 2016⁷, negó las pretensiones de la demanda, al considerar que el demandante al solicitar su retiro de la Armada Nacional de manera voluntaria, le era exigible en los términos del artículo 163 del Decreto 1211 de 1990 un tiempo de servicio superior a los 20 años para hacerse acreedor a la asignación de retiro, y como en el momento de su dimisión solo tenía 17 años y 9 meses, no tenía el derecho pensional pretendido.

Refirió que los argumentos esgrimidos por el actor, en cuanto a la presión psicológica que precedió su solicitud de retiro por voluntad propia y la indebida asesoría de parte de sus superiores inmediatos, no resultaban de recibo para enervar la legalidad de los actos demandados dentro del *sub examine*, por cuanto aquellos están directamente relacionados con la decisión que conllevó su retiro de la Armada Nacional, más no con la negativa de acceder al reconocimiento y pago de la asignación de retiro que reclama; razón por la cual y ante la omisión de haber enjuiciado la resolución que lo separó del servicio resulta inviable emitir pronunciamiento alguno sobre la legalidad de dicha decisión.

Con relación a la vulneración del derecho a la igualdad, que el demandante esgrimió como otro de los cargos que sustentan sus pretensiones, señaló que tampoco tenía vocación de prosperidad; ya que al verificar las condiciones en las que fue reconocida la asignación de retiro al Suboficial Wilebardo Gamez Pineda, evidenció que aunque acreditó 17 años, 4 meses y 6 días de servicio, su retiro estuvo precedido de la decisión del comando de fuerza por inasistencia al servicio por más de cinco días, razón por la cual, le era aplicable lo previsto por el artículo 163 del Decreto 1211 de 1990; mientras que el retiro de aquél se originó por voluntad propia, y de ahí el requisito de los 20 años de servicio previsto por el decreto mencionado.

Finalmente se abstuvo de imponer condena en costas.

4. Recurso de apelación.

El apoderado de la parte actora interpuso recurso de apelación contra la decisión de primera instancia⁸, dentro del cual reiteró los planteamientos expuestos en el escrito de demanda; en el sentido de que los actos enjuiciados fueron falsamente motivados, porque se desconoció la solicitud de reconsideración que el demandante hiciere respecto de su retiro voluntario, ante lo cual, la entidad debió atender favorablemente su solicitud de reconocimiento de asignación de retiro conforme lo prevé el artículo 163 del Decreto 1211 de 1990; ya que lo que motivó la presentación de su solicitud de retiro por voluntad propia fue la presión verbal y psicológica que ejercieron sus superiores y la indebida asesoría que en su momento recibió de los mismos sobre las consecuencias de tal determinación.

5. Alegatos en segunda instancia.

Dentro de esta etapa procesal, solo la parte actora allegó el escrito de alegaciones finales, donde reiteró los argumentos del recurso de

apelación interpuesta contra la sentencia de primera instancia⁹.

La representante del Ministerio público, se abstuvo de emitir concepto dentro del *sub-examine*.

II. CONSIDERACIONES

2.1 Problema Jurídico

De acuerdo con los motivos de inconformidad expuestos contra la sentencia de primera instancia, el problema jurídico consiste en definir, si el demandante se encuentra dentro de los postulados del artículo 163 del Decreto 1211 de 1990 para efectos del reconocimiento de la asignación de retiro, por haberse retirado por solicitud propia.

Previo a ello deberá resolver un problema jurídico asociado, respecto de si a través de la acción con la que pretende la nulidad del acto administrativo que niega su asignación de retiro, es dable discutir la legalidad del acto que dispuso retirarlo del servicio por voluntad propia.

Con el objeto de resolver las cuestiones planteadas, la Sala se referirá inicialmente al marco normativo y jurisprudencial aplicable en materia de reconocimiento pensional a los integrantes de la Fuerza Pública, y luego procederá a pronunciarse sobre el caso concreto.

2.2. Marco normativo y jurisprudencial aplicable en materia de reconocimiento de asignación de retiro a los integrantes de la Fuerza Pública.

Con base en lo establecido en la Ley 66 de 1988,¹⁰ el Presidente de la República expidió, entre otros, los Decretos Leyes 1211 o estatuto de personal de oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares, y 1214 de 8 de junio de 1990 o estatuto y régimen prestacional civil del Ministerio de Defensa Nacional y la Policía Nacional. A pesar de que dichas normas fueron dictadas con anterioridad a la promulgación de la Constitución Política de 1991, debe afirmarse que los regímenes pensionales especiales en ellas contenidos son perfectamente válidos actualmente, si se predicen respecto de situaciones que razonablemente merecen un trato diferenciador.

Este es el caso de los miembros de las Fuerzas Militares, constituidas por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea, los cuales, dada la complejidad de su labor en beneficio de los intereses de la Nación, gozan de un trato prestacional especial por expresa previsión constitucional.¹¹

En el caso de los miembros de las Fuerzas Militares el beneficio es percibir una asignación de retiro, que está regulada en los términos del artículo 163 del Decreto 1211 de 1990, así:

«Durante la vigencia del presente estatuto, los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares que sean retirados del servicio activo después de quince (15) años, por llamamiento a calificar servicios o por voluntad del Gobierno o de los Comandos de Fuerza, según el caso, o por sobrepasar la edad máxima correspondiente al grado, o por disminución de la capacidad sicofísica, o por incapacidad profesional, o por inasistencia al servicio por más de cinco (5) días sin tener causa justificada, o por conducta deficiente, y los que se retiren a solicitud propia después de veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares se les pague una asignación mensual de retiro equivalente al cincuenta por ciento (50%) del monto de las partidas de que trata el artículo 158 de este Estatuto, por los quince (15) primeros años servicio y un cuatro por ciento (4%) más por cada año que excede a los quince (15), sin que el total sobrepase del ochenta y cinco por ciento (85%) del mismo monto (...)»

A partir de lo anterior, se colige que la norma transcrita determinó los siguientes aspectos:

Como tiempo de servicio para el reconocimiento de la asignación de retiro un mínimo de 15 años y más de 20 años de servicios.

Dos límites temporales para su reconocimiento, el primero de ellos, después de 15 años de servicios; siempre y cuando el retiro se hubiere producido por llamamiento a calificar servicios, voluntad del Gobierno o de los de Comandos de Fuerza, por sobrepasar la edad máxima correspondiente al grado, por disminución de la capacidad sicosfísica, incapacidad profesional, por inasistencia al servicio por más de cinco (5) días sin

tener causa justificada, o por conducta deficiente.

El segundo, transcurridos 20 años de servicio, exigido al retiro producido por voluntad del militar, caso en el cual, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares debe pagar una asignación mensual de retiro equivalente al cincuenta por ciento (50%) del monto de las partidas de que trata el artículo 158 de dicho Estatuto, por los quince (15) primeros años servicio y un cuatro por ciento (4%) más por cada año que exceda a los quince (15), sin que el total sobrepase del ochenta y cinco por ciento (85%) del mismo monto.

Posteriormente, a través de la Ley 923 de 30 de diciembre de 2004¹² se señalaron las normas, objetivos y criterios que deberá observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública de conformidad con lo establecido en el artículo 150, ordinal 19, literal e) de la Constitución Política.

La mencionada ley marco o cuadro, señaló para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, lo siguiente:

«ARTÍCULO 2°. *Objetivos y criterios.* Para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, el Gobierno Nacional tendrá en cuenta además de los principios de eficiencia, universalidad, igualdad, equidad, responsabilidad financiera, intangibilidad y solidaridad los siguientes objetivos y criterios:

2.1. El respeto de los derechos adquiridos. Se conservarán y respetarán todos los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos conforme a disposiciones anteriores a la fecha de entrada de las normas que se expidan en desarrollo de la misma.

[...]

2.8. No podrá en ningún caso desconocerse el reconocimiento y pago de la asignación de retiro al miembro de la Fuerza Pública que hubiere adquirido el derecho a su disfrute por llamamiento a calificar servicios, por retiro por solicitud propia, o por haber sido retirado del servicio por cualquier causal.

[...]

ARTÍCULO 3°. *Elementos mínimos.* El régimen de asignación de retiro, la pensión de invalidez y sus sustituciones, la pensión de sobrevivientes, y los reajustes de estas, correspondientes a los miembros de la Fuerza Pública, que sea fijado por el Gobierno Nacional, tendrá en cuenta como mínimo los siguientes elementos:

3.1. El derecho a la asignación de retiro para los miembros de la Fuerza Pública se fijará exclusivamente teniendo en cuenta el tiempo de formación, el de servicio y/o el aportado. El tiempo de servicio para acceder al derecho de asignación de retiro será mínimo de 18 años de servicio y en ningún caso se exigirá como requisito para reconocer el derecho un tiempo superior a 25 años.

A los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo a la fecha de entrada en vigencia de la presente Ley, no se les exigirá como requisito para el reconocimiento del derecho un tiempo de servicio superior al regido por las disposiciones vigentes al momento de la expedición de esta Ley cuando el retiro se produzca por solicitud propia, ni inferior a 15 años cuando el retiro se produzca por cualquier otra causal. (Subraya fuera de

texto original)

Excepcionalmente, para quienes hayan acumulado un tiempo de servicio en la Fuerza Pública por 20 años o más y no hayan causado el derecho de asignación de retiro, podrán acceder a esta con el requisito adicional de edad, es decir, 50 años para las mujeres y 55 años para los hombres. [...]»

La norma referida estableció lo siguiente:

Como tiempo de servicio para el reconocimiento de la asignación de retiro un mínimo de 18 años y un máximo de 25 años de servicios.

Para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, el Gobierno Nacional indicó que a los miembros en servicio activo a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 923 de 2004 no se les exigirá un tiempo de servicio superior al regido por las disposiciones anteriores, sin que pueda ser superior a 20 años de servicios cuando el retiro se produzca a solicitud propia, ni inferior a los 15 años de servicios cuando el retiro se produzca por cualquier otra causal.

Lo anterior, en concordancia al tiempo de servicios señalados en el artículo 163 del Decreto 1211 de 1990.

Por tanto, el único condicionamiento que la Ley 923 de 2004 consagró para ser beneficiario de la transición señalada en su artículo 3º es que al momento de la entrada en vigencia la persona se encuentre en servicio activo en las Fuerzas Militares, toda vez, que respecto a la exigencia del término señalado a los miembros activos, únicamente se limitó a respetar los mínimos y máximos señalados en el Decreto 1211 de 1990 para el reconocimiento de la asignación de retiro.

Esta ley, fue reglamentada por el Gobierno Nacional mediante el Decreto 4433 de 2004, el cual, en el artículo 14, señaló:

«ARTÍCULO 14. Asignación de retiro para el personal de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en actividad. Los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en servicio activo a la fecha de entrada en vigencia del presente Decreto, que sean retirados con dieciocho (18) o más años de servicio, por llamamiento a calificar servicios o por retiro discrecional, según el caso, o por sobrepasar la edad máxima correspondiente al grado, o por disminución de la capacidad psicofísica, o por incapacidad profesional, y los que se retiren a solicitud propia o sean retirados o separados en forma absoluta después de veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, se les pague una asignación mensual de retiro, así: [...]»

Es pertinente señalar, que el artículo transcrito fue declarado nulo por la Sección Segunda de Consejo de Estado mediante sentencia proferida el 23 de octubre de 2014, Consejera Ponente Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez, radicado interno 1551-2007, por considerar que el Gobierno Nacional desbordó la potestad reglamentaria al aumentar la edad para acceder a la asignación de retiro de 15 a 18 años y vulnerar la cláusula de reserva legal¹³, tal como en su oportunidad, mediante sentencia del febrero 28 de 2013 N° interno 1238-2007¹⁴, esta misma Sección, declaró la nulidad parcial de los artículos 24 y 30 del Decreto 4433 de 2004. Así razonó la Sala:

«La nulidad de las normas acabadas de mencionar tiene como fundamento común la invocación de violación de la Ley 923 de 30 de diciembre de 2004, en cuyo artículo 3º se establecieron los elementos mínimos que habrán de ser incluidos en el régimen de asignación de retiro, la pensión de invalidez y sus sustituciones, la pensión de sobrevivientes y los reajustes de estas, elementos entre los cuales se encuentra la regla establecida en el numeral 3.1 del artículo citado en la cual se preceptúa que:

'3.1. El derecho a la asignación de retiro para los miembros de la Fuerza Pública se fijará exclusivamente teniendo en cuenta el tiempo de formación, el de servicio y/o el aportado. El tiempo de servicio para acceder al derecho de asignación de retiro será mínimo de 18 años de servicio y en ningún caso se exigirá como requisito para reconocer el derecho un tiempo superior a 25 años.

A los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo a la fecha de entrada en vigencia de la presente Ley, no se les exigirá como requisito para el reconocimiento del derecho un tiempo de servicio superior al regido por las disposiciones vigentes al momento de la expedición de esta Ley cuando el retiro se produzca por solicitud propia, ni inferior a 15 años cuando el retiro se produzca por cualquier otra causal.

Excepcionalmente, para quienes hayan acumulado un tiempo de servicio en la Fuerza Pública por 20 años o más y no hayan causado el derecho de asignación de retiro, podrán acceder a esta con el requisito adicional de edad, es decir, 50 años para las mujeres y 55 años para los hombres.

En todo caso, los miembros de la Fuerza Pública que se retiren o sean retirados del servicio activo sin derecho a asignación de retiro o pensión, tendrán derecho al reconocimiento del bono pensional por el total del tiempo servido, de conformidad con las normas del Sistema General de Pensiones".

Como puede observarse, en la norma acaba de transcribir se hace la distinción entre miembros de servicio de la Fuerza Pública en servicio activo a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 923 de 30 de diciembre de 2004, y quienes para entonces no se encontraran en servicio activo.

Respecto de quienes se encontraban en servicio activo a la iniciación de la vigencia de la ley acabada de mencionar dispuso el legislador que: 'no se les exigirá como requisito para el reconocimiento del derecho un tiempo de servicio superior al regido por las disposiciones vigentes al momento de expedición de esta ley cuando el retiro se produzca por solicitud propia, ni inferior a 15 años cuando el retiro se produzca por cualquier otra causal'.

Es decir, el ámbito de competencia del Presidente de la República en cuanto al contenido de los Decretos que expida para desarrollar esta Ley Marco quedó así expresamente delimitado por el legislador. Ello significa, entonces, que si no obra el Ejecutivo dentro de tales linderos competenciales, el decreto que se dicte fuera de ellos será violatorio no sólo de la Ley Marco, sino también del artículo 150 numeral 19 literal e) de la Constitución Política.

En virtud de lo dicho si el artículo 24 del Decreto 4433 de 2004, establece que el personal de la Policía en servicio activo que a la fecha de entrada en vigor de ese Decreto sea retirado "después de dieciocho (18) años de servicio, por llamamiento a calificar servicios, por disminución de la capacidad sicológica o por voluntad del Gobierno o de la Dirección General de la Policía Nacional según corresponda y los que se retiren o sean retirados o sean separados en forma absoluta con más de veinte (20) años de servicio" tendrán derecho al pago de la asignación mensual de retiro como allí se determina, es evidente que se está exigiendo para poder ser asignatario de la misma el cumplimiento como mínimo de dieciocho (18) años de servicio en unos casos y veinte (20) años de servicio en otros, lo cual resulta superior a lo establecido para el personal de Oficiales y Suboficiales de la Policía Nacional, por el artículo 115 del Decreto 1212 de 8 de junio de 1990, cuando sean llamados a calificar servicios, o por voluntad del Gobierno, o de la Dirección General de la Policía y, de la misma manera ocurre con respecto a la asignación de retiro a que tendrían derecho con 15 años de servicio en las hipótesis contempladas en el artículo 144 del mismo Decreto mencionado. (...).

Surge como consecuencia del análisis en precedencia que las normas acusadas y que ahora son objeto de análisis quebrantaron entonces lo dispuesto en la Ley 923 de 2004, dentro de cuyo marco deberían haber sido expedidas, lo cual acarrea como consecuencia que también se quebrantó el artículo 150 numeral 19 literal e) de la Constitución Política y, por consiguiente se encuentran viciadas de nulidad.» (Negrillas y subrayas fuera de texto original).

En torno a los efectos que produce la declaración de nulidad y haciendo una comparación con los efectos que genera la inexequibilidad, esta Corporación señaló:

"En este punto, es bueno recordar la distinción entre los efectos de la nulidad de los actos administrativos respecto de la declaración de inexequibilidad de una ley. Aquella produce efectos desde el momento mismo de su expedición, o "ex tunc", pues el estudio de su legalidad se remite a su origen, situación que se distingue de la segunda, la cual como regla general tiene consecuencias a futuro o "ex nunc", sin afectar la validez de la norma desde su existencia o las situaciones jurídicas que bajo su imperio se generaron (...)"¹⁵

Así pues, resulta claro que al quedar en firme la sentencia que declaró la nulidad del artículo 14 del Decreto 4433 de 2004, se debe entender que desapareció del ordenamiento jurídico, reputándose tal situación desde el mismo momento en que fuere expedido; por lo que las condiciones establecidas para la asignación de retiro deben examinarse a la luz de lo dispuesto en la Ley 923 de 2004.

Sin embargo, también es importante tener en cuenta, con sustracción de la sentencia que declaró la nulidad del artículo 14 del Decreto 4433 de 2004, que la ley cuadro en virtud de la cual fuere expedido el mencionado acto general, previó de manera inequívoca que la normativa que debiera expedir el ejecutivo sobre el particular de la asignación de retiro, no podría contener requisitos para los miembros de la fuerza pública en servicio activo mayores en cuanto a tiempo de servicio, a los previstos en las normas anteriores; y así mismo disponer de un régimen de transición que respetara las expectativas legítimas de quienes se encuentren próximos a la consolidación del estatus pensional.

Es evidente, que el Decreto 4433 de 2004, expedido en desarrollo de la Ley 923 de 2004, contempló para percibir una asignación de retiro un tiempo de 18 años, mayor al que se encontraba previsto en el Decreto 1211 de 1990, que era de 15 años. De este modo, se desconoció el marco general dispuesto por el legislador, cuando estableció los parámetros que debía observar el ejecutivo al momento de expedir la regulación pertinente para el goce de la asignación de retiro de los miembros de la fuerza pública que se encontraban vinculados.

Debe afirmarse también, que ése marco general no impidió que se hicieran más rígidos los requisitos para optar por la asignación de retiro, en cuanto a tiempo de servicio se refiere, pero lo que sí hizo, fue prohibir que para quienes se encontraran en servicio activo al momento de su entrada en vigencia, se les exigieran mayor tiempo del contemplado en el régimen anterior.

Pues bien, concluye la Sala que para respetar la expectativa de quienes se encontraban próximos al alcanzar la asignación de retiro, el legislador dispuso un marco general con destino a la fuerza pública, que estableció que quienes se encontraren en servicio activo al momento en que éste cobró vigencia, no se les podía exigir tiempo de servicio mayor al previsto en el régimen anterior.

No obstante, la situación de quienes se retiran por solicitud propia en función del reconocimiento de la asignación de retiro, no sufrió modificación alguna entre la transición de lo previsto en el Decreto 1211 de 1990 y el Decreto 4433 de 2004, en acatamiento de la Ley 923 de 2004; pues, siempre se exigió al menos 20 años de servicio.

Entonces, el mayor o menor tiempo de servicio para el reconocimiento de la asignación de retiro, está condicionada al motivo del retiro del servicio del militar.

2.3. Análisis del caso concreto.

Atendiendo lo antes expuesto se revisará la situación fáctica del demandante frente a lo expuesto en la normatividad y jurisprudencia referidas.

Conforme al certificado de tiempo de servicio militar que obra a folio 37 del cuaderno 1, se encuentra probado que el señor Juan Carlos Lambraño Guardo ingresó a la Armada Nacional como músico el 30 de junio de 1983 y que fue retirado en el grado de Suboficial Jefe por voluntad propia, mediante la Resolución 610 de 2000, con novedad fiscal, el 2 de enero de 2001, con un tiempo de servicios de 17 años y 9 meses.

A folio 25 del primer cuaderno, obra la Resolución 610 del 165 de diciembre de 2000; por la cual se produjo el retiro del servicio activo de la Armada Nacional del demandante por solicitud propia.

Mediante la Resolución 914 del 19 de febrero de 2014,¹⁶ le fue negada la asignación de retiro al demandante con base en los siguientes argumentos:

«[...] 4. Que de acuerdo a la información contenida en la hoja de servicios citada en el numeral 1º y en los demás documentos que reposan en el expediente prestacional, es evidente que con el mismo no se cumplen los requisitos establecidos en la normatividad vigente para la fecha de retiro, esto es el 02 de enero de 2001, a efectos del reconocimiento de Asignación de Retiro, toda vez que como se señaló, el señor Suboficial Jefe (r) de la Armada Nacional JUAN CARLOS LAMBRAÑO GUARDO, se retiró de la actividad militar por SOLICITUD PROPIA y el tiempo de servicio a la fecha de retiro es de 17 años, 09 meses y 00 días, no enmarcándose en lo señalado en el artículo 163 del Decreto Ley 1211 de 1990, que disponía lo siguiente:” (...) Asignación de Retiro. Durante la vigencia del presente estatuto, los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares que sean retirados del servicio activo después de quince (15) años, por llamamiento a calificar servicios o por voluntad del Gobierno o de los de Comandos de Fuerza, según el caso, o por sobrepasar la edad máxima correspondiente al grado, o por disminución de la capacidad sicofísica, o por incapacidad profesional, o por inasistencia al servicio por más de cinco (5) días sin tener causa justificada, o por conducta deficiente, y los que se retiren a solicitud propia después de veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares se les pague una asignación mensual de retiro (...). (Subrayado fuera de texto).

[...] 6. Que por los hechos anteriormente señalados, es procedente negar el reconocimiento y pago de la Asignación de Retiro al Señor Suboficial Jefe (r) de la Armada Nacional JUAN CARLOS LAMBRAÑO GUARDO, toda vez que se retiró de la actividad militar por SOLICITUD PROPIA y el tiempo de servicio a la fecha de retiro es de 17 años, 09 meses y 00 días, no enmarcándose en lo señalado en el artículo 163 del Decreto Ley 1211 de 1990, toda vez que cuenta con menos de 20 años de servicio, situación que impide a esta entidad reconocer asignación de retiro en su favor[...]

A través de la Resolución 5067 del 9 de junio de 2014¹⁷, fue resuelto el recurso de reposición interpuesto por el actor en contra de la resolución antes señalada¹⁸, confirmando su contenido.

No obstante lo anterior, de la normativa analizada precedentemente se establece que al demandante no le asiste derecho al reconocimiento de la asignación de retiro en los términos pretendidos, con base en lo siguiente:

1. Para el momento en que el actor fue retirado de la Armada Nacional por «solicitud propia» a través de la Resolución 610 de 2000, se encontraba vigente el Decreto 1211 de 1990¹⁹, que en su artículo 163 establece el requisito de haber prestado 15 años de servicio para el reconocimiento de la asignación de retiro, siempre y cuando el retiro se hubiere producido por llamamiento a calificar servicios, voluntad del Gobierno o de los de Comandos de Fuerza, por sobrepasar la edad máxima correspondiente al grado, por disminución de la capacidad sicofísica, incapacidad profesional, por inasistencia al servicio por más de cinco (5) días sin tener causa justificada, o por conducta deficiente.

2. Si bien las resoluciones demandadas se fundamentan en la norma anteriormente mencionada para negar el reconocimiento de la asignación de retiro del demandante, lo cierto es, que tal determinación resulta ajustada a derecho; por cuanto, para el momento en que solicitó el reconocimiento pensional (1º de noviembre de 2013), el demandante acreditó un tiempo de servicios de 17 años y 9 meses, y teniendo en cuenta que su retiro se produjo en respuesta a su solicitud; lo procedente era negar dicho requerimiento; toda vez que la disposición señalada no establece que CREMIL deba reconocer asignación de retiro a los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares que sean retirados del servicio activo después de quince (15) años, por solicitud propia.

3. A pesar de que el actor reiteradamente aduce que su separación del servicio fue «por la coacción, por la presión verbal y psicológica de la que fue objeto por parte de sus superiores», estas circunstancias, no resultan imputables a la actuación surtida por CREMIL que culminó con la expedición de los actos acusados; razón por la cual tampoco pueden servir de fundamento para considerar que los mismos fueron falsamente motivados; pues contrario a lo anterior se evidenció que, las razones que los sustentan se ajustan a lo previsto por la normatividad aplicable a su situación particular.

4. No resulta de recibo lo planteado por el actor con relación a que le fue vulnerado su derecho a la igualdad respecto de otros compañeros a quienes les fue reconocida asignación de retiro por encontrarse en su misma situación, toda vez que de lo allegado al plenario de colige que si bien aportó copia de la Resolución 198 del 31 de marzo de 1998²⁰, con la cual fue retirado del servicio activo de la Armada Nacional al Suboficial Primero Armas Navales Wilebardo Gámez Pineda, de su contenido se colige que dicha decisión se fundó en la causal de «inasistencia al servicio por más de diez días sin causa injustificada», la cual conlleva unos efectos disimiles a los que surgen cuando el retiro se produce por «solicitud propia» conforme fue previsto en el Decreto 1211 de 1990; razón por la cual resulta improcedente equiparar aquello a la situación del demandante, por cuanto la vulneración del derecho invocado se predica precisamente entre iguales.

Así las cosas, para la Sala se impone confirmar la decisión de denegar las suplicas de la demanda, contenida en la sentencia de primera instancia.

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de 3 de noviembre de 2016, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Tercera de Oralidad, que negó las pretensiones de la demanda incoada por Juan Carlos Lambraño Guardo contra la Nación, Ministerio de Defensa Nacional, Armada Nacional y la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, encaminadas al reconocimiento de una asignación de retiro, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente decisión.

SEGUNDO: Por la Secretaría de la Sección Segunda, regresar el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, Y DEVUÉLVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN. CÚMPLASE.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la presente sesión.

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

CARMELO PERDOMO CUÉTER

CÉSAR PALOMINO CORTÉS

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

¹ En adelante CREMIL.

² Informe visible a folio 894 del cuaderno 2.

³ La demanda, presentada el 19 de diciembre de 2014, se encuentra visible a folios 2 a 7 del cuaderno 1.

⁴ Por el cual se reorganiza la carrera de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares.

⁵ Por el cual se reforma el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares.

⁶ Visible a folios 81 a 86 del Cuaderno 1.

⁷ Folios 838 a 847 del cuaderno 2.

⁸ Folios 850 a 857 del cuaderno 2.

⁹ Folios 887 a 893 del cuaderno 2.

¹⁰ Por la cual se reviste al Presidente del República de facultades extraordinarias pro tempore para reformar los estatutos y el régimen prestacional del personal de Oficiales, Suboficiales, Agentes y civiles del Ministerio de Defensa, las Fuerzas Militares y la Policía Nacional y establece el régimen de la Vigilancia Privada.

¹¹ Artículo 217 de la Constitución Política: La Nación tendrá para su defensa unas fuerzas militares permanentes constituidas por el ejército, la armada y la fuerza aérea.

Las fuerzas militares tendrán como finalidad primordial la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional.

La ley determinará el sistema de reemplazos en las fuerzas militares, así como los ascensos, derechos y obligaciones de sus miembros y el régimen especial de carrera, prestacional y disciplinario, que le es propio.

¹² Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que deberá observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literal e) de la Constitución Política.

¹³ Sobre el particular, se dijo: «3.4. Con respecto a la nulidad del artículo 14 del Decreto 4433 de 2004 por violación de la norma que le sirve de fundamento, observa la Sección que las mismas razones por las cuales fue declarada la nulidad del artículo 24 de este Decreto, primero de manera parcial en la sentencia de 28 de febrero de 2013 N° interno 1238-2007 y que habrá de declararse de conformidad con lo expuesto en esta sentencia al analizar el resto de ese artículo, también se declarará la del artículo 14 del Decreto 4433 de 2004, en su integridad, pues su texto y las razones en que se apoyó la declaración de nulidad del artículo 24 es idéntico al contenido de este, pero con variación únicamente de los destinatarios de la norma en cuestión, como quiera que en el artículo 24 son los Oficiales Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional en actividad y en el artículo 14 los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares en actividad.»

¹⁴ Consejera Ponente Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez.

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, subsección "A", sentencia del 26 de julio de 2012, C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, expediente 1948-09.

¹⁶ Folios 37 y 38 del cuaderno 2.

¹⁷ Folios 50 a 52 del cuaderno 1.

¹⁸ Folios 45 a 48 del cuaderno 1.

¹⁹ Por el cual se reforma el estatuto del personal de oficiales y suboficiales de las fuerzas militares.

²⁰ Folio 55 del cuaderno 1.